

Estudio y análisis exhaustivo del contrato de compraventa de bien inmueble y su problemática práctica, ahondando en todas y cada una de las distintas disciplinas jurídicas a las que afecta el contrato paradigmático de Derecho Inmobiliario —Derecho Civil, Urbanístico y Fiscal—.

Estamos ante una obra de carácter eminentemente práctico, que huye de disquisiciones dogmáticas más propias de manuales universitarios y centra la atención en la problemática jurídica que se genera en el día a día, en torno a este negocio jurídico.

Para imprimir dicho carácter práctico, ha sido necesario contar con la experiencia aportada por principales actores del sector jurídico inmobiliario, de tal forma que entre los coautores se encuentran abogados, notarios, registradores, y jueces; del mismo modo, destacan las aportaciones de profesores y doctores, cuya contribución resulta inestimable en toda obra jurídica de referencia.

El rigor y la precisión de los comentarios sobre la distinta normativa aplicable, puestos en relación con la más reciente jurisprudencia, permiten profundizar en el conocimiento de la materia tratada y constituye el mejor instrumento de trabajo para el profesional del Derecho.

Directores
Alejandro
Fuentes-Lojo Rius
Alejandro
Fuentes-Lojo Lastres

La compraventa inmobiliaria

La compraventa inmobiliaria

Aspectos contractuales, registrales, urbanísticos,
fiscales, y especialidades territoriales

Directores

Alejandro Fuentes-Lojo Rius
Alejandro Fuentes-Lojo Lastres

Prólogo de

Antonio Salas Carceller



ISBN: 978-84-9090-366-7



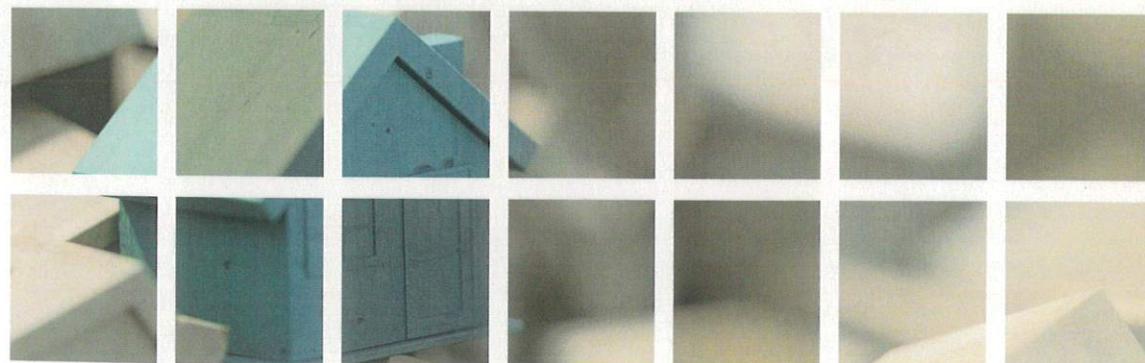
9 788490 903667

3652K28631



BOSCH

■ BOSCH



 Wolters Kluwer


Wolters
Kluwer

 Wolters Kluwer

Directores

Alejandro FUENTES-LOJO RIUS
Abogado y Diputado de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona

Alejandro FUENTES-LOJO LASTRES
Abogado

Prólogo de Antonio SALAS CARCELLER
Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo

© De los autores, 2019
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: abril, 2019

Depósito Legal: M-11929-2019
ISBN versión impresa: 978-84-9090-366-7
ISBN versión electrónica: 978-84-9090-367-4

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Autores/as

José A. ALCALDE SANTOS
Abogado

Rafael ARNÁIZ RAMOS
Registrador de la Propiedad

Immaculada BARRAL-VIÑALS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

Chantal MOLL DE ALBA LACUVE
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

Alejandro FUENTES-LOJO LASTRES
Abogado. Diputado de la Junta de Gobierno
del Ilustre Colegio de la Abogacía
de Barcelona

Alejandro FUENTES-LOJO RIUS
Abogado

Elisabeth GARCÍA CUETO
Notario. Doctora en Derecho

M.ª Teresa HUALDE MANSO
Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad Pública de Navarra
INARBE

María del Mar LINARES FERNÁNDEZ
Registradora de la Propiedad

Antonio LONGO MARTÍNEZ
Notario

José Alberto MARÍN SÁNCHEZ
Notario

Francisco MARIÑO PARDO
Notario

Jordi MEDINA ORTIZ
Doctor en Derecho

Abogado

Rosa M.ª MÉNDEZ TOMÁS
Magistrada

Carlos SÁNCHEZ MARTÍN
Magistrado y Letrado del Gabinete Técnico
del Tribunal Supremo

José M.ª TOVILLAS MORÁN
Profesor Titular de Derecho Financiero y

Tributario de la Universidad de Barcelona

Aura Esther VILALTA NICUESA
Profesora Agregada acreditada a Cátedra
por AQU

Una de las manifestaciones más evidentes de la relación entre compraventa y situación económica se nos ha dado con ocasión de la reciente crisis sufrida. Antes de ella, en que la revalorización de los inmuebles –singularmente de las viviendas urbanas– era constante, resultaba muy frecuente la utilización por la parte vendedora de la facultad establecida en el artículo 1504 del Código Civil para, en el caso de que el comprador no pagara el precio en los plazos convenidos, resolver el contrato previa formalización del requerimiento exigido por dicho artículo. Así, recuperado el inmueble, podía volver a venderlo por un precio superior. La inversión de la tendencia alcista producida por la crisis motivó que dejara de invocarse tal facultad en tanto que al vendedor le interesaba más mantener el precio pactado, y reclamar su pago judicialmente, que resolver el contrato. Por el contrario revivió la invocación por los compradores de la antigua Ley 57/1968, de 27 de julio (cuyas previsiones se incorporaron a la Ley de Ordenación de la Edificación) para resolver el contrato por incumplimiento del plazo de entrega por el vendedor y liberarse de una compra que económicamente le resultaba muy gravosa dado el descenso del precio de la vivienda.

La obra que hoy nos ofrece un escogido grupo de juristas especializados en la materia, con la coordinación de Alejandro FUENTES-LOJO RIUS y Alejandro FUENTES-LOJO LASTRES, aborda con la necesaria amplitud, en dieciocho capítulos, los aspectos civiles, registrales, urbanísticos y fiscales de la compraventa de inmuebles y nace a raíz de la celebración en Barcelona del I Congreso de Derecho Inmobiliario en mayo de 2018.

A la vocación eminentemente práctica de la obra y el alto valor de su contenido se añade un amplio y detallado índice de las materias que se tratan, el cual facilita una rápida consulta sobre el concreto problema planteado.

Sin duda se trata de una muy importante aportación al estudio de la figura de la compraventa inmobiliaria, que viene a compendiar y a actualizar la doctrina y la jurisprudencia sobre las grandes cuestiones que suscita este contrato; la cual será de gran utilidad para quienes vivimos diariamente inmersos en la práctica del Derecho.

Antonio SALAS CARCELLER
Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo

Prólogo	
por Antonio SALAS CARCELLER.	9
Introducción	
por Alejandro FUENTES-LOJO RIUS.	29

PARTE I

ASPECTOS CIVILES

CAPÍTULO 1. Los tratos preliminares, la promesa de venta, el precontrato, la reserva y la información precontractual	
por Chantal MOLL DE ALBA LACUVE	35
I. Los tratos preliminares.	35
1. Concepto	35
2. Naturaleza y trascendencia jurídica	37
a) <i>Trascendencia en cuanto a la interpretación del contrato</i>	37
b) <i>Trascendencia respecto a la integración del contrato</i>	38
c) <i>Trascendencia en cuanto a la ineficacia del contrato</i>	39
3. Responsabilidad derivada de la ruptura de los tratos preliminares. . .	40
4. Diferencia con los <i>pactum de tratando</i>	42
II. La promesa de venta	42
1. Regulación	42
2. El art. 1.451 CC es una copia del Código civil francés pero carece de sentido en nuestro ordenamiento jurídico al ser distinto el sistema de adquisición de los derechos reales en Francia y en España . . .	43
3. ¿Es aplicable a la promesa de venta del 1.451 CC el artículo 1.504 CC relativo a la resolución de compraventa de bienes inmuebles? . .	44
III. El precontrato	47
1. Regulación del precontrato	47

Los tratos preliminares, la promesa de venta, el precontrato, la reserva y la información precontractual

Chantal MOLL DE ALBA LACUVE
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

I. LOS TRATOS PRELIMINARES

1. Concepto

La doctrina española ha tratado de dar múltiples sinónimos y definiciones a los tratos preliminares calificándolos como la laboriosa negociación que precede al contrato¹, o como contactos que se producen entre las partes preparatorios de la celebración de un futuro contrato² o, también, como los actos que los interesados llevan a cabo con el fin de elaborar un contrato pudiendo consistir en conversaciones o negociaciones, pero también en manifestaciones escritas, redacción de proyectos, minutas o borradores³.

La SAP Barcelona de 11 de octubre de 2005 cita al Tribunal Supremo para definir los tratos preliminares: «El Tribunal Supremo en sentencia de 16-12-1999 declaró que la figura jurídica de los denominados "tratos preliminares" (*Vorverhandlungen Trattative*), teoría construida por la doctrina germánica y razonablemente asimilada por la española; la cual se puede definir como el conjunto de actos y operaciones que los intervinientes y "ad lateres" realizan con el fin de discutir y preparar un contrato».

1. PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Vol. II, *Derecho de obligaciones, contratos y cuasi contratos, obligaciones derivadas de actos ilícitos*, 3ª ed., Barcelona 1997, pág. 225.

2. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho Civil, obligaciones y contratos*, Valencia, 1998, pág. 394.

3. DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil. Introducción, Teoría del Contrato, las Relaciones Obligatorias*, Madrid, 1970, pág. 188.

Con carácter general y técnico podemos definir los tratos preliminares como todos los actos realizados con carácter previo al perfeccionamiento del contrato. Así pues, es trato preliminar cualquier acto realizado por cualquiera de las partes que desean celebrar un determinado contrato, antes de que el destinatario de una oferta la acepte.

En nuestro ordenamiento jurídico, los contratos se perfeccionan con el consentimiento, esto es, con el concurso de la oferta y la aceptación. El art. 1.262 del Código Civil español (CC), regula en qué momento preciso se perfecciona el consentimiento.

El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

Como puede apreciarse, el art. 1.262 CC establece tres momentos distintos de perfección del contrato, dependiendo de si los contratantes están de cuerpo presente o en lugares distintos, o si el contrato se hace por medios telemáticos. En consecuencia, la calificación de si un acto constituye un trato preliminar dependerá del momento exacto de la perfección de ese contrato en particular.

- Si el contrato se celebra entre presentes, entonces el contrato se perfecciona desde que se emite la declaración de aceptación de la oferta
- Si el contrato se celebra entre personas que se encuentran en lugares distintos, el contrato sólo se perfecciona, cuando la declaración de aceptación de la oferta es conocida por el oferente.
- Si el contrato se celebra por «dispositivos automáticos», como es el caso de la contratación por Internet, el contrato se perfecciona con la mera aceptación, sin exigirse que el oferente conozca la aceptación.⁴

Por otra parte, sólo la aceptación pura, clara e inequívoca permitirá la perfección del contrato. Cualquier matiz, discrepancia, será considerado como una nueva declaración de voluntad que constituirá una nueva oferta. Así lo deja claro la STS de 19 de noviembre de 2003:

«...De los hechos probados en la instancia e inatacables en esta vía casacional utilizada, sólo han existido unos tratos preliminares a través de diferentes escritos de las partes conducentes a la venta del local de Rotropark S.L. No existía contrato, pues se pronunció Rotropark sobre una contraoferta realizada de adverso y aquí dejó clarísimo esa entidad que no aceptaba que dicha parte tuviera que pagar el IVA (...) Por consiguiente, no existió contrato en el sentido del artículo 1.261 del Código civil sino meros tratos preliminares.»

4. Artículo 1.262 redactado por el número uno de la disposición adicional cuarta de la Ley 34/2002, 11 julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Parte de la doctrina⁵ considera que es necesario distinguir los tratos preliminares de la oferta. Discrepamos de esta opinión y consideramos que toda oferta no aceptada es un trato preliminar. No procede distinguir ambas figuras puesto que si no hay posterior aceptación plena y pura por parte del destinatario, la oferta previa es sencillamente un paso previo a la contratación, una etapa más de la negociación. Del mismo modo, la aceptación condicionada o modificatoria de la oferta, ha de ser también considerada un trato preliminar. En definitiva, consideramos que sólo la oferta no modificada y aceptada pura y simplemente deja de ser trato preliminar y forma parte esencial del contrato.

2. Naturaleza y trascendencia jurídica

La doctrina y la jurisprudencia se han interrogado sobre si los tratos preliminares constituyen o no un acto jurídico, es decir si son declaraciones de voluntad con efectos jurídicos. La STS de 16 de diciembre de 1999 por ejemplo sostiene que no puede considerarse a los tratos preliminares como acto jurídico:

«siempre tendrán un denominador común, como es no suponer acto jurídico alguno, ya que de dichas referidas operaciones no se derivan, de manera inmediata efectos jurídicos mensurables.»⁶

¿Significa ello que los tratos preliminares son intrascendentes o irrelevantes jurídicamente? La respuesta es negativa porque, como veremos, los tratos preliminares tienen trascendencia jurídica en cuanto a la formación del futuro contrato, la interpretación del mismo, su integración y su posible ineficacia⁷. También pueden generar por sí mismos una responsabilidad si se produce una «culpa *in contrahendo*».

a) Trascendencia en cuanto a la interpretación del contrato

De la redacción literal del art. 1.282 CC parece desprenderse que, en materia de interpretación de contratos, sólo hay que tomar en consideración los actos de las partes coetáneos y posteriores a la formación del contrato pero no los actos previos.

Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.

5. AZNAR GINER, Eduardo, *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato*, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 35, «Entendemos que los tratos preliminares y la oferta son figuras claramente diferenciadas. En efecto, mientras la oferta está directamente encaminada a la formación del contrato, siendo un elemento esencial del mismo (art. 1262 CC, que señala que el consentimiento contractual se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación), los tratos preliminares carecen de tal esencialidad: su ausencia no condiciona la existencia del contrato.»

6. Esta sentencia también la cita la SAP Barcelona de 11 de octubre de 2005 para referirse a los tratos preliminares.

7. AZNAR GINER, Eduardo, *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato*, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 23.

Sin embargo la Jurisprudencia ha hecho una interpretación extensiva de este artículo 1.282 CC como lo muestra la STS de 11 de marzo de 2003 y considera que también debe considerar el juzgador los actos previos⁸:

el art. 1282 indica que debe atenderse, para averiguar la intención, a los actos coetáneos y posteriores al contrato, pero ya señalaron las añejas Sentencias de 30 de marzo de 1974 y 12 de noviembre de 1984 que también debe atenderse a los actos anteriores.

En cualquier caso, en caso de contradicción entre los actos preliminares respecto a los actos coetáneos y posteriores al contrato prevalecerán estos últimos⁹.

b) *Trascendencia respecto a la integración del contrato*

Con base en el principio de la buena fe, proclamado tanto en el art. 1.258 CC¹⁰ como en el artículo 7 CC¹¹, la doctrina y jurisprudencia consideran que la información precontractual integra el contenido del contrato aunque no haya sido recogida en el mismo.

En el caso de contratación con consumidores, esa integración de la publicidad en el contrato se produce *ex lege*. Así por ejemplo lo establecen los arts. 61 y 65 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

Artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato

1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

Artículo 65. Integración del contrato

Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.

8. En el mismo sentido podemos citar la STS 10 de abril de 1997 «esta Sala tiene afirmado el deber de tener en cuenta otros datos en la labor interpretativa, sobre todo la conducta completa de los contratantes, constituida por sus actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato para conocer su voluntad» o la STS de 26 de julio de 1995 «Tan fundamentales para la interpretación son los actos coetáneos y posteriores al contrato, como los anteriores que puedan contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes.»

9. *Vid.* STS 11 de octubre de 1984.

10. Art. 1.258 CC: *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*

11. Art. 7.1 CC: *Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.*

En el ámbito de la contratación sobre vivienda, también la ley considera que la oferta publicitada se integra en el contrato. A título de ejemplo citamos los párrafos 3º y 4º del art. 58 de la Ley catalana 18/2007, del Derecho a la Vivienda¹²:

Artículo 58. La publicidad y su carácter vinculante

3. La oferta, promoción y publicidad dirigidas a la venta o arrendamiento de viviendas deben ajustarse a los principios de veracidad, de modo que no oculten datos fundamentales de los objetos a que se refieren y no induzcan o puedan inducir a los destinatarios a ningún error con repercusiones económicas.

4. Los datos, características y condiciones relativos a la construcción, situación, servicios, instalaciones, adquisición, utilización y pago de las viviendas que se incluyen en la oferta, promoción y publicidad son exigibles ulteriormente por el comprador, aunque no figuren expresamente en el contrato de transmisión.

c) *Trascendencia en cuanto a la ineficacia del contrato*

El art. 1265 CC establece que es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo. Para demostrar que el consentimiento fue viciado por alguna de esas circunstancias, los tratos preliminares previos al a formación de ese consentimiento tendrán un gran importancia. Así por ejemplo, si el vendedor suministró, sin mala fe, al comprador una información errónea que fue decisiva para que el comprador se decidiera a aceptar, esa información constituye un trato preliminar invalidante del contrato, al haber inducido a un error contemplado en el art. 1.266 CC.

Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

Si esa información suministrada por el vendedor en los tratos preliminares fue deliberadamente falsa, podría considerarse que es un supuesto de dolo, regulado en el art. 1.269 CC:

Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.

Si en la negociación del contrato, una de las partes considera que fue violentada o intimidada por la otra en el sentido establecido en el art. 1.267 CC también se consi-

12. También aparece un precepto similar en la Ley 8/2012, de Vivienda de Galicia.

Artículo 15 Carácter vinculante de la publicidad

1. La oferta y publicidad dirigidas a la venta, al arrendamiento o a la cesión de viviendas deben ajustarse a los principios de buena fe, transparencia y veracidad, de forma que no oculten ni falseen datos fundamentales que induzcan o puedan inducir a las personas destinatarias a ningún error.

2. Los datos, características, garantías y condiciones relativos a la construcción, situación, servicios, instalaciones, adquisición, utilización y pago de las viviendas que se incluyen en la oferta y publicidad son exigibles ulteriormente por la persona compradora, arrendataria o cesionaria, y serán vinculantes para el oferente, aunque no figuren expresamente en el contrato de transmisión, arrendamiento o cesión.

En cambio no hemos encontrado artículos concordantes en la Ley 1/2010, Reguladora de la Vivienda en Andalucía, ni en la Ley 3/2015, de Vivienda de Euskadi.

derará que el consentimiento está viciado y ello dará lugar a la ineficacia del contrato¹³.

La ineficacia de esos tratos preliminares que provocaron un vicio del consentimiento será la regulada en los arts. 1.301 y ss. CC, que corresponde a la doctrinalmente llamada «anulabilidad». Es decir que la acción prescribirá a los cuatro años desde que cesó la violencia o la intimidación, o desde la perfección del contrato si fue un caso de error o dolo. Sin embargo, es preciso señalar que en algunos casos, el trato preliminar puede también haber provocado que un contrato se celebre con inexistencia de objeto. Así por ejemplo, a través de la entrega de supuestos planos topográficos, se puede dar al comprador la apariencia de existencia de un determinado terreno y que en realidad ese terreno no exista o corresponda a otra finca. En tal caso, la categoría de ineficacia aplicable sería la de la nulidad radical, y la acción para el comprador sería imprescriptible.

3. Responsabilidad derivada de la ruptura de los tratos preliminares

La ruptura del trato preliminar se produce cuando, pese a haberse manifestado una determinada intención o voluntad de celebrar un contrato, éste finalmente no se llega a culminar. La ruptura de un trato preliminar no puede calificarse como incumplimiento contractual —puesto que el contrato como tal no ha llegado a perfeccionarse— y por lo tanto ninguna de las personas participantes en la negociación podrá exigir el cumplimiento forzoso o voluntario de un contrato inexistente.

Podríamos considerar que el trato preliminar es en la contratación, lo que la promesa de matrimonio es al matrimonio. El trato preliminar en la contratación, al igual que establece el código civil de la promesa de matrimonio, no implica obligación de contratar y no se admitirá a trámite ninguna demanda que pretenda su cumplimiento¹⁴. El trato preliminar es una mera promesa unilateral de contratar.

Sin embargo, la ruptura puede generar obligaciones, que no son de origen contractual, sino extracontractual, vía art. 1902 CC, derivadas del posible daño provocado a otras personas involucradas en el proceso negociador¹⁵:

13. Art. 1267 CC: *Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.*

Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona. El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato.»

14. Artículo 42CC: *La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración.*

No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento.

15. Así lo considera RUIZ JIMÉNEZ, Juana, «La ruptura de los tratos preliminares puede ocasionar responsabilidad si alguna de las partes ha actuado de mala fe», *RCDI*, n° 709, 2008, pág. 2198: «La teoría dominante en la doctrina española es la de la responsabilidad extracontractual, basándose principalmente en la vulneración de la buena fe y en la confianza que debería existir entre las partes, sin olvidar los principios básicos de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil.» También, así lo señala CABANILLAS SANCHEZ, A., «El ámbito de las responsabilidades precontractual o culpa *in contrahendo*», en *RCDI*, n° 628, 1995, pág. 752.

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Al tratarse de una responsabilidad extracontractual *ex art.* 1902 CC, el plazo de prescripción para exigirla será de un año tal y como establece el art. 1968 CC¹⁶.

La SAP Barcelona de 11 de octubre de 2005 señala con claridad que la ruptura de los tratos preliminares genera una responsabilidad extracontractual:

«Pues bien, de dichos tratos sociales o "contratos sociales" —denominación germánica— puede y debe derivarse una cierta responsabilidad —responsabilidad precontractual o culpa "in contrahendo"—, y se plasma tal aserto en la sentencia de esta Sala, de 16 de mayo de 1.988 cuando en ella se dice que la culpa "in contrahendo", al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio "neminem ledere". A lo que hay que añadir que dicha responsabilidad extracontractual se puede derivar directamente de dicha tesis jurisprudencial o a través de la teoría del abuso del derecho, como determina cierta doctrina española. Pero tanto en uno u otro caso lleva a desembocar ineludiblemente a la entrada en juego del art. 1902 del Código Civil.»

Por su parte, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de junio de 1999, y a propósito de dicha cuestión, enumera los requisitos que la doctrina científica exigía para que la ruptura de los tratos preliminares sea calificada como conducta antijurídica y conlleve una responsabilidad extracontractual:

- a) La suposición de una razonable situación de confianza respecto a la plasmación del contrato.
- b) El carácter injustificado de la ruptura de los tratos.
- c) La efectividad de un resultado dañoso para una de las partes.
- d) La relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada.»

Por su parte la STS de 16 de diciembre de 1999 indica los presupuestos básicos de la responsabilidad extracontractual en un caso de ruptura de tratos preliminares:

«(...)no hay lugar a dudas de que se dan los dos requisitos necesarios para que surja la responsabilidad extracontractual, como son:

- a) Una acción negligente y que referida a dichos tratos preliminares, que está constituida por una falta de lealtad cuyo núcleo fue una ruptura unilateral por parte de las entidades ahora recurrentes del proyecto inicial de los demandados en la instancia, y

16. BERNAD MAINAR, Rafael, *Responsabilidad ante la ruptura injustificada de los tratos preliminares*, *RCDI*, n° 747, enero 2005, pág. 34, considera en cambio que el tipo de responsabilidad es más de índole contractual: «Nuestra posición se sitúa en el marco de la responsabilidad contractual sobre la base de argumentos de diversa índole: histórico; lógico y de extensión analógica; de Derecho comparado; de seguridad del tráfico jurídico y de confianza; así como del ensanchamiento y ampliación del concepto de responsabilidad contractual. Evidentemente, de tal postura contractual surgen consecuencias en torno al régimen probatorio, los plazos de prescripción, y el alcance y extensión del resarcimiento ante el supuesto de ruptura injustificada.»

- b) Unos perjuicios que también dada la fenomenología de dichos tratos preliminares, deben mensurarse desde un punto de vista del interés negativo, como así se hace y así se cuantifica en la sentencia recurrida.»

De nuevo podemos hacer un claro paralelismo entre el régimen que la doctrina y jurisprudencia proponen para la ruptura del trato preliminar, con el que prevé el art. 43 CC para el incumplimiento de la promesa de matrimonio en el art. 43 CC:

El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.

Como señala también parte de la doctrina, la ruptura de los tratos preliminares y la vulneración del deber de confidencialidad también pueden provocar la aplicación de preceptos de la Ley de Competencia desleal, como el 13.1¹⁷:

Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14.

4. Diferencia con los *pactum de tratando*

En el ámbito de la contratación, especialmente en operaciones complejas, es frecuente utilizar pactos que fijan reglas que deben regir el propio proceso de negociación. Estos contratos rectores de la negociación tienen múltiples denominaciones: «acuerdos de intenciones», «cartas de intención», «*accords de principes*», «*gentlemen's agreement*». Se trata de verdaderos acuerdos bilaterales que tienen efecto obligatorio entre las partes respecto al comportamiento a seguir durante la negociación de un contrato posterior, que llegará a perfeccionarse o no¹⁸.

II. LA PROMESA DE VENTA

1. Regulación

El artículo 1.451 CC regula la «promesa de vender o comprar» establece:

La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato.

Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente Libro.

17. Así lo considera GARCÍA RUBIO, María Paz, «Perspectiva y prospectiva en tres casos de responsabilidad surgida en la etapa de negociación de un contrato», *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, BOSCH CAPDEVILA (Dir.), Bosch, 2012, pág. 12. También señala que se puede incurrir en una responsabilidad penal.

18. BERNAD MAINAR, Rafael, «Naturaleza jurídica de los tratos preliminares a la luz del Derecho comparado», *RCDI*, n° 740, 2013, pág. 4009.

2. El art. 1.451 CC es una copia del Código civil francés pero carece de sentido en nuestro ordenamiento jurídico al ser distinto el sistema de adquisición de los derechos reales en Francia y en España

En nuestra opinión, el artículo 1.451 CC es un artículo que habría de ser eliminado del Código Civil porque es una copia literal y errónea del art. 1.589 del Código civil francés de 1804, que es incompatible con nuestro sistema contractual y de adquisición de los derechos reales¹⁹.

Como es bien sabido, en Francia, el sistema de adquisición de los derechos reales es *solo consensu*, es decir basta el consentimiento para que se produzca el efecto jurídico de transmisión del derecho real. El comprador francés, una vez hay acuerdo en la cosa y el precio, deviene automáticamente propietario del bien²⁰. Por ello en el ordenamiento jurídico francés resulta esencial regular «*la promesse de vente*», porque es el instrumento jurídico que permite que comprador y vendedor estén obligados entre ellos a comprar y vender, pero posponiéndose el efecto jurídico real de transmisión del derecho real de propiedad²¹. En definitiva la «*promesse de vente*» equivale a un contrato de compraventa que produce obligaciones pero sin efecto real, mientras que la «*le contrat d'achat et de vente*», equivale a un contrato de compraventa que produce no solamente obligaciones sino también la transmisión del derecho real.

En España, por el contrario, donde el sistema de adquisición de los derechos reales es el del «título y el modo», no necesitamos la figura francesa de «*la promesse de vente*». En el sistema jurídico español, la compraventa en sí misma produce únicamente efectos obligatorios entre las partes y no provoca por sí sola la transmisión del derecho real. De allí que el art. 1.451 CC se convierta en una «tautología», esto es la repetición innecesaria de una idea usando las mismas o similares palabras y que, por lo tanto, no avanza información. La promesa de comprar y vender, si —como indica el art. 1.451 CC— hay conformidad en la cosa y el precio, es sencillamente un contrato de compraventa y por eso produce un efecto obligatorio: cumplir el contrato.

Para concluir podemos afirmar que la promesa sinalagmática de comprar y vender es un contrato de compraventa porque hay acuerdo sobre la cosa y el precio que es lo único que se exige para considerar que la compraventa existe. La promesa de venta es

19. Así lo expuse también en MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal, «Caracteristiques del contracte de compravenda en el Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya: especial referència a la seva finalitat transmissora i a la no necessitat de regular la promesa de venda», *El llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del projecte de llei*, Documenta Universitaria. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona, págs. 459 a 469, 2015.

20. El artículo 1583 del Código civil francés señala que la compraventa se perfecciona y la propiedad es inmediatamente adquirida por el comprador desde que hay acuerdo en la cosa y el precio, aunque no se haya entregado la cosa ni pagado el precio. *Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.*

21. El art. 1.589 del Código civil francés indica que la promesa de venta equivale a la venta si hay consentimiento recíproco sobre cosa y precio: *La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.*

una figura sin entidad propia puesto que equivale, en cuanto a naturaleza jurídica y efectos, a un contrato de compraventa.

El artículo 1.451 sería totalmente eliminable de nuestro Código civil, sin embargo, al no haber sido derogado este inútil artículo, doctrina y jurisprudencia se han empeñado en realizar con base en este precepto decimonónico complejas teorías jurídicas que lo único que hacen es confundir a los agentes jurídicos (estudiantes y profesores de Derecho, abogados, jueces).

Otra figura distinta es la promesa unilateral de compra que no es más que un trato preliminar, previo al a compraventa pues no ha habido aceptación, y que a menudo, en compraventas de bienes inmuebles, se instrumenta a través del llamado «documento de reserva» que analizaremos en otro apartado posterior.

3. ¿Es aplicable a la promesa de venta del 1.451 CC el artículo 1.504 CC relativo a la resolución de compraventa de bienes inmuebles?

Tal y como hemos demostrado, la figura regulada en el artículo 1.451 CC es sencillamente un contrato de compraventa y por ello obliga a las partes. En nuestra opinión tendría que aplicarse en los casos en los que se promete vender un bien inmueble, siempre y cuando haya acuerdo sobre la cosa y el precio, toda la regulación relativa a la compraventa de bienes inmuebles. En consecuencia, entre otros artículos, cabría aplicar el art. 1.504 CC que es el que dice que aún habiéndose pactado la resolución automática de la compraventa el vendedor debe requerir formalmente al comprador y éste puede todavía pagar en el ínterin²².

Sin embargo, el Tribunal Supremo en una reciente sentencia, ha afirmado que a la promesa de venta (también lo llama precontrato), no es aplicable la normativa específica de la compraventa de inmuebles, y en especial el art. 1.504 CC. A continuación transcribimos el Fundamento Tercero de la STS de 20 de noviembre de 2018:

«Hemos expuesto como todo el recurso gira alrededor de una única cuestión, a saber, si el art. 1504 CC, propio del contrato de compraventa de inmuebles, es de aplicación a los precontratos o promesas de venta, previstos en el art. 1451 CC, que es el contrato que concertaron las partes. Siendo ello así, y según autoriza la doctrina de la sala, cabe enjuiciar conjuntamente todos los motivos. 1. Ya en fechas lejanas la sala se venía pronunciando en el sentido que interesa la parte recurrente, respecto de las promesas de venta. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de octubre de 1931 declaró: ‘...que no es de aplicación el artículo 1504 del Código civil, en el sentido que se pretende porque aquí no se trata de compraventa perfecta, que es a la que se refiere el artículo, sino sólo de promesa de venta...’ y la sentencia de 30 de diciembre de 1955 que «el artículo 1504 del Código civil expresivo de una particularidad especialmente establecida para el contrato de compraventa de inmuebles y, por ello, solamente aplicable a ésta y no a las modalidades de opción o promesa de venta...» Idéntica doctrina sientan las sentencias de 7

22. Art. 1.504 CC: En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término.

de octubre de 1896, de 26 de enero de 1942, de 11 de noviembre de 1943, de 6 de marzo de 1954, de 10 de marzo de 1966, de 13 de abril de 1970. Respecto del incumplimiento de los contratos de promesa de venta, conforme establece el segundo párrafo del art. 1451, hay que estar a los principios generales que para las obligaciones contiene el Código civil y fundamentalmente el artículo 1124 CC.

2. En fechas más cercanas, y hasta la actualidad, la doctrina de la sala ha sido firme y sólida en el sentido antes expuesto. La sentencia 607/2009, de 22 de septiembre, tras exponer la existencia entre las partes de un contrato de opción de compra, que jurisprudencialmente se asimila a promesa unilateral de vender, así como que tanto la promesa unilateral como la bilateral se comprenden en el art. 1451 CC, declara que el art. 1504 CC «resulta de aplicación a las compraventas de bienes inmuebles ya perfeccionadas, pero no a la promesa unilateral de venta o derecho de opción en que dicha perfección queda pendiente de la decisión del comprador expresada en un plazo determinado, por lo que no existe en tal caso compraventa ni obligación alguna de pago del precio pactado hasta que dicha perfección se produzca y, en definitiva, no opera la previsión excepcional de dicha norma en el sentido de permitir al comprador pagar el precio —en las compraventas de bienes inmuebles— aún después de expirado el término fijado para ello mientras no haya sido requerido de resolución por el vendedor». La sentencia 620/2012, de 10 de octubre, niega en un contrato de opción de compra la aplicación del art. 1504 CC, ya que la compraventa no llegó a la fase de consumación.

3. No siendo objeto de debate en el recurso la naturaleza del contrato de la *litis*, se ha de concluir, conforme a la jurisprudencia citada, que el art. 1504 CC, que establece ciertos requisitos para la resolución de los contratos de compraventa de inmuebles, solo es aplicable a estos, pero no a otros contratos, aunque presenten ciertas analogías con aquellos. Por tanto, en contra de lo sostenido por la sentencia recurrida, el art. 1504 CC no es aplicable al contrato de la *litis*, suscrito el 27 de octubre de 2014 (sentencia 1130/2000, de 13 de diciembre).»

Se trataba de un caso en el que se había celebrado un contrato de «arras penitenciales» y se habían dado 4.000€ a cuenta del precio, indicando que en el caso de que el comprador no obtuviese la financiación para pagar la totalidad del precio, en un determinado plazo, el contrato quedaba automáticamente resuelto. Transcribimos literalmente la cláusula controvertida para que el lector pueda analizarla:

«Si llegado el 31 de diciembre, por causa no imputable al comprador, este no dispusiera de la financiación suficiente, este contrato quedará aplazado hasta el 15 de enero de 2015, momento en el que si el comprador no ha pagado el precio al vendedor dará por resuelto este contrato, haciendo suyas las cantidades de arras recibidas y quedando liberada para vender a quien quiera.»

En nuestra opinión, en el caso planteado se trataba sencillamente de un contrato privado de compraventa, con arras penitenciales (que permiten desistir del contrato) y con un pacto de «*lex commissoria*». Dicho pacto, es bien sabido que carece de eficacia en el ámbito obligaciones por el carácter imperativo del art. 1.504 CC, artículo claramente *pro emptore* y tuitivo del comprador: aunque se pacte el automatismo de la resolución por incumplimiento es necesario requerir al comprador²³.

23. Sobre el carácter tuitivo del art. 1.504 CC, se puede consultar MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal, *La resolución de la compraventa inmobiliaria por impago del precio*, Cedecs, 1999. En una obra posterior

Por ello, a nuestro entender, no es correcto que el Juzgado de Primera instancia y el Tribunal Supremo calificaran este contrato de compraventa como «precontrato», ni como «promesa de venta». Sencillamente, se trataba de un contrato de compraventa en el que gracias a las arras, cualquiera de las partes podía desistir del contrato pagando una pena. En este caso, además, la eficacia del contrato se supeditaba a un evento futuro e incierto: la obtención de financiación por parte del comprador. En el caso de que ese evento, futuro e incierto, no se produjera, la compraventa se resolvía automáticamente. En realidad, se trataba más bien de una condición suspensiva y no de una condición resolutoria: mientras no se obtuviese la financiación, la compraventa no era eficaz. Lo correcto, según nuestro razonamiento, hubiera sido que el Tribunal Supremo indicara que el art. 1.504 CC no era de aplicación a este caso, no por el hecho de que se tratara de un «precontrato»- pues en realidad correspondía claramente a un contrato de compraventa- sino porque la condición del negocio jurídico no era resolutoria (como la del art. 1.504 CC), sino suspensiva. En efecto, el evento futuro e incierto contemplado en el art. 1.504 CC es el «no pagar», «incumplir la obligación de pago» (aunque se tenga el dinero para hacerlo), mientras que en el caso enjuiciado por la STS de 20 de noviembre de 2018 el evento futuro e incierto consistía en «no obtener la financiación por parte de un tercero», *conditio sine qua non* para que el negocio pudiera llegar a tener eficacia. Si el comprador no obtenía la financiación, no es que incumpliera su obligación de pago, sino sencillamente que no se daban las condiciones necesarias para que el comprador pudiera pagar y cumplir con su obligación.

El hecho de que el vendedor pueda quedarse con los 4.000€ entregados como el comprador, se puede justificar como indemnización al vendedor por el tiempo en el que la venta ha quedado en suspenso, si bien hubiese sido preferible indicar expresamente en contrato de compraventa que esos 4.000€ correspondían al vendedor en concepto de compensación por el bloqueo de la venta durante el período de pendencia de la condición.

En definitiva, en este caso cabían tres soluciones:

- Considerar que el contrato no era una compraventa de bien inmueble, no aplicar el 1.504 CC, y declararlo resuelto automáticamente, quedándose el vendedor el dinero entregado (esta es la solución adoptada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de noviembre de 2018).
- Considerar que el contrato es una compraventa de bien inmueble al que se aplica el art. 1.504 CC, y que como el vendedor no requirió previamente de pago al comprador, incumplió el contrato, y debe devolver el dinero entregado al comprador y además de manera doblada por el juego de las arras penitenciales (es la

insisto en que el pacto de *lex commissoria* en la compraventa de bienes inmuebles es irrelevante, y sólo tiene una virtualidad en el ámbito registral, si se inscribe en el Registro para que la resolución tenga efectos *erga omnes*, MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal, «La cláusula resolutoria en la compraventa de bienes inmuebles», *Estudios de Derecho de Obligaciones en homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, 2006, Vol. 2, págs. 429 a 447.

solución que adoptó la Audiencia Provincial posteriormente revocada por el Tribunal Supremo).

- Considerar que es una compraventa de bien inmueble, pero con una condición suspensiva (la obtención de financiación por tercero) y que al no cumplirse este evento futuro e incierto, la compraventa no es eficaz. El dinero se lo queda el vendedor como indemnización por el bloqueo de la venta durante un determinado tiempo (esta es la solución que proponemos en este estudio).

Aún cabría una cuarta solución al caso enjuiciado, que es la que ahora se aplicaría en Cataluña en virtud de un nuevo precepto del Libro VI del Código Civil catalán, según el cual si en una compraventa de inmuebles se prevé la financiación por un tercero, y finalmente no se obtiene esa financiación, el dinero entregado a cuenta ha de ser devuelto al comprador²⁴. Esta nueva regla del derecho catalán es similar a la que existía en Francia hasta 2016 relativa a «la *condition suspensive de prêt*». Pero Francia, desde su importante reforma del derecho de los contratos de 2016, ha dado un paso más y obliga por ley a que toda «*promesse de vente*» contenga una mención expresa a si el precio va a ser financiado por una entidad de crédito. Es decir, ahora en Francia, la mención a la financiación del precio a través de entidad de crédito es un contenido imperativo del contrato de compraventa inmobiliaria y obligará al vendedor a devolver lo recibido en caso de no concesión del préstamo al comprador.

III. EL PRECONTRATO

1. Regulación del precontrato

El precontrato no está regulado expresamente en nuestro Código Civil. La jurisprudencia ha considerado que su base normativa radicaba en el art. 1.451 del Código civil pero en realidad, como hemos señalado anteriormente, ese artículo podría suprimirse pues no aporta ninguna regla jurídica nueva. Así pues, no existe en el derecho español una regulación expresa del precontrato.

2. Concepto de precontrato. Distintas posturas respecto a su carácter contractual y obligatorio

En numerosas sentencias se hace referencia a las distintas posturas jurisprudenciales sobre el precontrato. Sin embargo, se ha comentado con acierto, que en realidad no se trata de varias teorías, sino que sencillamente, los Tribunales han tratado de justificar la

24. Artículo 621-49 del Código civil de Cataluña. Previsión de financiación por tercero

1. Si el contrato de compraventa prevé la financiación de todo o parte del precio por una entidad de crédito, el comprador, salvo pacto en contrario, puede desistir del contrato si justifica documentalmente, en el plazo pactado, la negativa de la entidad designada a conceder la financiación o a aceptar la subrogación del comprador en la hipoteca que grava el inmueble, salvo que la denegación se derive de la negligencia del comprador.

2. El desistimiento del comprador obliga al vendedor a la devolución del precio que le hubiera sido entregado y, si procede, de las arras penitenciales, y obliga al comprador a dejar al vendedor en la misma situación en la que se habría encontrado si no se hubiera concluido el contrato, sin perjuicio de lo establecido por la legislación hipotecaria.

solución que consideraban más justa en función de las circunstancias concretas del caso, al carecer de una norma expresa que regule la figura²⁵.

En la jurisprudencia más antigua, el precontrato se consideraba como un proyecto, un esbozo de contrato, y no podía por sí solo obligar a las partes. Así la STS de 5 de octubre de 1961, basándose en las SSTs de 9 de julio de 1940 y 16 de abril de 1941 señalaba:

«Que la insuficiencia de las bases fundamentales en el precontrato, o sea, la indeterminación del objeto de él se presenta con fuerza bastante para impedir que se haya producido la vinculación de las partes sobre un objeto no determinado ni determinable ya que no se han especificado en el contrato ni cuáles habían de ser los elementos comunes que se adquieren en copropiedad ni cuál es la cuota de participación con relación al total del valor del inmueble, referido a cuota parte (o a centésimas como ahora ordena la Ley) y ante esta falta de determinación se comprende que aquel precontrato no pueda tener pleno cumplimiento, pues la voluntad del obligado no puede sustituirse por obra de la Autoridad del Órgano Jurisdiccional.»

También la STS de 8 de febrero de 1996 mantiene esta idea que el precontrato no es un contrato y que no puede por sí solo obligar a las partes al cumplimiento de lo estipulado:

«el precontrato o "pactum de contrahendo" cabe sintetizarle por su función esencial de ligar a las partes para la conclusión de un futuro contrato, de manera que no ofrece elementos bastantes o suficientes para vincular sin nuevo convenio u originar, por sí mismo, la efectividad de lo estipulado.»

En nuestra opinión, en cambio, el precontrato es un contrato, no tipificado en nuestro ordenamiento²⁶, en el que las partes se obligan a celebrar en el futuro un nuevo contrato que tendrá como contenido mínimo aquél pactado en el precontrato y al que se añadirán otras cláusulas que quedan todavía por definir²⁷.

25. CARRASCO PERERA, Angel, «Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad *in contrahendo* y obligatoriedad de los tratos en la Jurisprudencia española», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 21, 2005, pág. 24, «No es cierto que el TS haya sostenido una u otra teoría sobre la naturaleza del precontrato. Lo que ha sido decisivo en la resolución de los casos ha sido siempre el grado de determinación que tenía el compromiso cuya ejecución se instaba de los tribunales. Es cierto que los Tribunales españoles han derrochado en ocasiones esfuerzos en explicar las distintas teorías del precontrato, en adelantar cuál prefieren o en criticar otras. Pero se ha tratado siempre de un esfuerzo superfluo en el camino de encontrar criterios reales de solución.»

26. Deseamos insistir en la idea que el precontrato no corresponde a lo regulado en el art. 1.451 CC que como hemos señalado regula la promesa sinalagmática de compraventa que equivale a una compraventa obligatoria.

27. La Compilación de Derecho Civil de Navarra regula detalladamente «la promesa de contrato» y distingue tres supuestos distintos en materia precontractual: por un lado la «estipulación unilateral» que no obliga, por otro lado lo que sería la «promesa (sinalagmática) de concluir un contrato futuro» que obliga si se han determinado los elementos esenciales, y finalmente el «contrato preparatorio de otro futuro» que obliga a las partes aunque no esté completamente detallado el contrato futuro.

También lo considera así parte de la Jurisprudencia y especialmente la más reciente. Según la SAP Coruña de 8 de febrero de 2002, así como la SAP Barcelona de 11 de octubre de 2005, basándose en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las SSTs de 24 de julio de 1998, 30 de enero de 1998, 25 de junio de 1993 y 4 de julio de 1991, consideran, que el precontrato es un contrato preparatorio de otro. El precontrato tiene carácter obligatorio para ambas partes, debiendo estas cumplir aquello que hayan pactado en ese primer contrato.

«La esencia del llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o "pactum de contrahendo" es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, por lo que la expresada figura contractual del llamado precontrato, dicho con frase gráfica, consiste en un "quedar obligado a obligarse. Y como tal contrato preliminar es un contrato del que lógicamente se desprenden obligaciones que no deben confundirse con la promesa unilateral de contratar, ni con los simples tratos preliminares. Ahora bien, dicho precontrato es un estadio previo al contrato definitivo del cual no pueden separarse las partes arbitrariamente, ya que en ese caso se infringiría, no sólo el artículo 1258 del Código Civil, sino el principio de obligatoriedad de los contratos proclamado en los artículos 1090, 1254, 1256 y 1278 de dicho Cuerpo Legal.»

La STS de 26 de noviembre de 1997 también aboga por la obligatoriedad del precontrato:

«conforme a la doctrina reiterada de esta Sala que declara que si bien la figura del negocio precontractual es muy discutida en la doctrina, lo que no puede desconocerse es que, al responder a un concierto de voluntades, crea deberes recíprocos de contratar en el futuro, conforme a lo que se hubiera convenido, generando situación de vinculación obligacional en aquello que constituye el contenido especial y propio de la relación acordada (Sentencia de 27 mayo 1993) y es antecedente del contrato definitivo, que exige la necesaria colaboración de las partes interesadas y obligadas».²⁸

Ley 515 Concepto: Son estipulaciones los actos por los que una persona, mediante su promesa, se hace deudora de otra sin que ésta quede contractualmente obligada a cumplir una contraprestación.

Ley 516 Promesa de contrato. La promesa de concluir un contrato futuro obliga a quien la hace siempre que se hayan determinado los elementos esenciales del contrato cuya aceptación se promete.

El convenio consensual preparatorio de un contrato futuro, aunque no reúna todos los requisitos exigidos para la celebración del contrato previsto, obliga a las dos partes.

Para mí esto es un precontrato entendido como un contrato de celebrar el futuro un contrato por determinar.

La obligación de contratar que resulta de estas promesas se regirá por las reglas aplicables al contrato prometido. Los elementos accidentales del contrato no previstos en la promesa se determinarán conforme al uso, la costumbre y la Ley, o, en su defecto, por el Juez.

28. Citamos un extracto de la STS de 27 de mayo de 1993: «El documento de 25-4-1979 responde a un precontrato en el que se convino la contratación de los servicios profesionales del recurrido para la ejecución de las obras de referencia, las que se efectuarían en el momento debido, formalizándose mediante la suscripción de los documentos pertinentes. Si bien la figura del negocio precontractual ha sido muy discutida doctrinalmente, lo que no puede desconocerse es que, al responder a un concierto de voluntades obligacionales, crea no sólo los

Otra Sentencia del Tribunal Supremo que también afirma sin ambages el carácter contractual y obligatorio del precontrato y su diferencia con los tratos preliminares o la promesa unilateral de contratar, es la STS 30 de enero de 1998²⁹.

«Pues bien dicha actuación negocial ha de entenderse como un verdadero "pactum praeparatorio" o "pactum in contrahendo", contrato preliminar o precontrato "Vorvertrag" según la doctrina pandectista germánica. Y como tal contrato preliminar es un contrato del que lógicamente se desprenden obligaciones que no deben confundirse con la promesa unilateral de contratar ni con los simples tratos preliminares.

Ahora bien, dicho precontrato es un estadio previo al contrato definitivo, del cual no pueden separarse las partes arbitrariamente, como dice la Sentencia de esta Sala de 4 julio 1991, ya que en ese caso se infringiría, no sólo el art. 1258 del Código Civil, sino el principio de obligatoriedad de los contratos proclamado en los arts 1090, 1254, 1256 y 1278 de dicho Cuerpo Legal.»

3. Consecuencias del incumplimiento del precontrato

¿Qué ocurre si finalmente no se celebra el segundo contrato, incumpléndose el precontrato? ¿Se puede exigir el cumplimiento forzoso del primer contrato y exigir la celebración del segundo contrato?

La SAP Coruña de 8 de febrero de 2002 deja claras cuáles son las dos posibilidades:

«El precontrato es ya en sí mismo un auténtico contrato, que tiene por objeto celebrar otro en un futuro, conteniendo el proyecto o la Ley de bases del siguiente: debiéndose, por esta especialidad, quedar atemperada su fuerza vinculante, o cumplimiento forzoso, a dos posiciones extremas: entender que no es posible obligar a la contraparte a la prestación del consentimiento, o a la emisión de una declaración de voluntad, en lo que consiste la obligación del futuro contrato, ya que esto es un acto estrictamente personal y no coercible, quedando viva únicamente la posibilidad de una indemnización por los daños y perjuicios causados; o bien entender, con las más reciente jurisprudencia, que al consistir el objeto del precontrato en una obligación de hacer, una vez requerido el obligado para que cumpla su

deberes recíprocos de contratar en el futuro, sino que también produce situación de vinculación obligacional en aquello que constituye contenido especial y propio del precontrato, sin perjuicio de su función para asegurar y preparar un negocio previsto, cuya vigencia ocurre una vez realizado el contrato final que proyectaron las partes y del que no pueden arbitrariamente separarse ni rehuirlo, ya que se causaría infracción de los arts. 1256, 1258 y 1278 del Código Civil (STS 4-7-1991).»

29. Esta STS de 30 de enero de 1998 considera que la figura del precontrato se ha extendido en la práctica por las necesidades del mercado financiero. En el caso concreto analizaba el posible precontrato a un contrato de seguro de caución: «se puede decir que la actual figura de precontrato surge en razón de las actuales necesidades financieras que han dado carta de naturaleza a unas formas de garantías contractuales y que según las cuales —concreta la doctrina científica moderna— el asegurador garantiza al asegurado el cumplimiento de determinadas obligaciones contractuales que con él ha asumido una tercera persona que es el tomador del seguro. Doctrina, que como no podía ser menos, ha sido acogida normativamente en nuestro derecho en el art. 68, el cual afirma que «por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro, de unas obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al segundo a título de reconocimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato». Figura ésta del seguro de caución susceptible perfectamente de ser precedida por un contrato preliminar o precontrato, entendiéndose éste como un contrato cuyo objeto es la futura prestación de un nuevo consentimiento contractual, o como un contrato principal o definitivo.»

promesa, el Juez puede tener por prestado el consentimiento y sustituirlo en el otorgamiento; cumplimiento forzoso que sólo se reemplazará por la correspondiente indemnización, cuando el contrato definitivo no sea posible otorgarlo.»

La SAP de Navarra de 31 de julio de 1999 es también una de las que expone mejor las dos teorías doctrinales y jurisprudenciales respecto al precontrato:

«Regula nuestro Código Civil la promesa de venta en su art. 1451, constituyendo ésta, al decir de la doctrina, un ejemplo significativo del precontrato. La promesa de venta, como contrato que es, precisa la concurrencia de todos los requisitos exigidos por el art. 1261 del CC, lo cual supone que han de concurrir los elementos propios del mismo. Las dudas y controversias respecto a la finalidad de ese tipo contractual y los efectos que a la promesa deben anudarse, han llevado a abrir una profunda polémica sobre la cuestión, que no puede ocultarse que está intrínsecamente ligada a la del precontrato.

Como es bien sabido, nuestra doctrina científica ha venido postulando dos construcciones encontradas sobre la promesa de venta, en atención al objeto de la prestación que se persigue con ella.

Para unos, la prestación de aquélla consiste en un nuevo consentimiento contractual que versa sobre un hacer infungible, y, por tanto, incoercible de manera específica. De ello se derivan consecuencias notables tanto respecto a los requisitos exigibles a la promesa de contrato, a fin de que despliegue su eficacia, como en la conclusión de los efectos que el incumplimiento de ésta puede generar. Así, desde este planteamiento, el hecho de que no se hayan especificado todos los elementos esenciales del futuro contrato, no parece que impida a la promesa mantener una virtualidad, que será meramente obligatoria; la negativa a otorgar la futura compraventa queda resuelta con el abono de indemnización de los daños y perjuicios sufridos. Esta postura viene a plasmar la tesis tradicional o clásica del precontrato.

Otros, en cambio, conciben a la promesa como una fase del "iter" negocial complejo de formación sucesiva. Con la promesa de venta se crearía un vínculo obligatorio entre las partes, del que surgiría la facultad, de uno o ambos interesados, para poner en vigor y funcionamiento el proyectado contrato. En esta concepción, que se identifica con el planteamiento crítico de la doctrina tradicional del precontrato, se viene estimando que es posible la ejecución en forma específica de la promesa, autorizándose la formación coactiva del contrato por el Juez; exigiéndose que la promesa reúna ya todos los requisitos necesarios del futuro contrato.

Ambos planteamientos han tenido su eco dentro de la jurisprudencia (STS de 11-11-1943, 1-7-1950, 25-6-1993), haciéndose hincapié por los Tribunales que "no siempre se presenta de la misma forma y manera el contrato de promesa de venta, pues unas veces las propias partes contratantes han dejado para el futuro no sólo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato en cuyo caso el incumplimiento no puede conducir más que a la exigencia —por el contratante dispuesto a cumplir su compromiso— de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear, mientras que en otros supuestos, las mismas partes, demuestran su decidida voluntad —en todos los pormenores y detalles— de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que de momento no pueden actuar por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos como falta de autorizaciones o liberalización de gravámenes, o simplemente porque en dicho instante no les conviene la celebración en firme y desean esperar cierto plazo, poniendo de manifiesto no sólo su voluntad presente, sino exacta y total para cuando cesen aquellos

obstáculos o venza el término establecido, momento a partir del cual es incuestionable que si uno incumple lo prometido el otro estará facultado para exigir el cumplimiento de la promesa en sí" (SSTS de 24 de diciembre de 1992 y 8 de julio de 1993).»

En nuestra opinión, la solución correcta respecto a la consecuencia del incumplimiento del precontrato es la que defiende la más reciente jurisprudencia: como la obligación que se deriva del precontrato es una obligación de hacer, si se incumple esa obligación, se puede pedir al Juez el cumplimiento forzoso de esa obligación y el Juez puede condenar a que se considere prestado el consentimiento para el segundo contrato. En el caso que el cumplimiento de las prestaciones del segundo contrato sean imposibles, podrá resolverse el segundo contrato, con devolución de lo que en su caso se haya entregado y una indemnización de daños y perjuicios.

En apoyo de la postura que defendemos citamos la STS de 13 de octubre de 2005. En el caso en cuestión, una parte sostenía que tan sólo había habido un «cruce de comunicaciones», unos «tratos preliminares», sin embargo el Tribunal Supremo consideró que hubo consentimiento en lo esencial, en el objeto y el precio, y que por lo tanto se celebró un precontrato de compraventa que obliga a ambas partes. El Tribunal Supremo fundamenta este concepto del precontrato como contrato obligatorio en el art. 1.451 CC, que, recordemos es aquél artículo que indica que la promesa recíproca de comprar y vender si hay acuerdo en la cosa y el precio obliga a las partes. Consideramos que no es necesario recurrir al art. 1.451 CC para fundamentar el carácter obligatorio del precontrato sino que basta alegar el art. 1.445 CC que considera que hay compraventa si hay consentimiento de las partes respecto a la cosa y el precio. A continuación copiamos un extracto esta STS de 13 de octubre de 2005 que hemos comentado:

«En el primero se argumenta que las cartas de 13 y 18 de noviembre constituyen un cruce inicial de comunicaciones destinado a dar comienzo a una negociación, sin que contengan los elementos básicos de la operación proyectada —conformidad en la cosa y en el precio—, y en que no existe una aceptación pura de la oferta, habiéndose modificado los términos de misma en la carta del día 18 por cuanto Citresa no admite la entrega de posesión inicial sino hasta la firma de la escritura pública, al tiempo que condiciona la aceptación a la inmediata iniciación de negociaciones para la firma del contrato privado. (...) En cualquier caso, a los hechos declarados probados se les ha aplicado correctamente el derecho que dimana del artículo 1451 del CC al calificar al contrato litigioso como precontrato y no como "inicial cruce de comunicaciones destinado a dar comienzo a una negociación", sin eficacia contractual alguna, como pretende el recurrente. En efecto, el llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o "pactum de contrahendo" bilateral de compraventa tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior (SSTS 23 diciembre de 1995; 16 de julio 2003, entre otras), cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de ambas partes contratantes. Supone, por tanto, el final de los tratos preliminares y no una fase de ellos, como dice la Sentencia de 3 de junio de 1988 (sic), en los que las partes, a partir de acuerdos vinculantes, tratan de configurar esos elementos esenciales del contrato, que no existen jurídicamente hasta ese momento y que sin ellos no sólo no sería posible cumpli-

mentar de forma obligatoria lo que todavía no existe, sino que permitiría a los interesados desistir de estos tratos, sin más secuelas que las que pudieran resultar de la aplicación del artículo 1902 CC caso de abrupta e injustificada separación de la fase prenegocial, según establecen entre otras las Sentencias de 26 de febrero y 19 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1999. No obsta a esta calificación que no hayan quedado determinados los elementos instrumentales o complementarios del mismo, cuando es perfectamente posible hacerlo en un momento posterior, pues basta realizar una detenida y seria lectura de las cartas cruzadas entre las partes, que han sido transcritas en esta resolución, para llegar a la conclusión de que, mediante el mismo, hubo el necesario concurso de voluntades acerca de los elementos imprescindibles de la compraventa pretendida, como es la cosa objeto del contrato y el precio, sobre la que incide el consentimiento, a que el artículo 1451 del CC hace referencia, lo cual permitía a la demandante exigir su cumplimiento, traducido en este caso en una indemnización de daños y perjuicios por equivalencia, habida cuenta que el cumplimiento específico de la compraventa proyectada devino imposible, dada la venta del inmueble efectuada en el mes de diciembre de 1992.

(...)En efecto, para determinar si nos hallamos a presencia de un precontrato, se hace preciso atender a la voluntad de las partes, conforme expresa el art. 1258 CC, la cual ha de indagarse atendiendo al sentido literal del contrato, siempre que ello sea posible, según el art. 1281 CC (SSTS 26 de octubre de 1984 y 7 de julio de 1994, 22 de abril de 1995, entre otras), y es lo cierto que la sentencia que se recurre en casación realiza esa indagación preliminar, sin necesidad de acudir a otros criterios hermenéuticos ("la literalidad de dicho documento privado aboga por la tesis contraria, puesto que la misiva objeto de análisis contiene una afirmación rotunda... que por sí solo evidencia, sin necesidad de complemento interpretativo alguno, el necesario concurso de voluntades"). Lo demás supone hacer supuesto de la cuestión puesto que se sostiene el motivo sobre la base de unos hechos en modo alguno coincidentes con los que declara probados la sentencia, como es el del precio de la operación, que en ningún momento indica que hubiera sido modificado a partir de los acontecimientos ocurridos el día 19 de noviembre, y que analiza con detalle para desvincularlos de cualquier actuación realizada por iniciativa de la demandante.»

En otra sentencia, la STS de 11 de mayo de 1999 se trataba de determinar las consecuencias de un precontrato de permuta. Cuando se celebró el precontrato uno de los terrenos a permutar tenía una edificación. Cuando posteriormente, se celebró el contrato de permuta, la edificación de ese terreno se había derrumbado por ruina. ¿Tenía derecho el precontratante de la permuta a reclamar la edificación o su equivalente en dinero? El Tribunal Supremo consideró que sí, lo cual confirma nuestra tesis del carácter obligatorio del precontrato y la posibilidad de exigir su cumplimiento forzoso:

«La calificación jurídica de los anteriores negocios jurídicos es:

- el primero, de precontrato, con el concepto seguido actualmente por doctrina y jurisprudencia (Sentencias de 22 octubre 1987, 3 marzo 1992, 3 junio 1994, 23 diciembre 1995) en que la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y, en un momento posterior, ambas partes de acuerdo o si una de ellas lo exige, se pone en vigor el contrato preparado;
- el segundo, de contrato de permuta que puso en vigor el precontrato anterior, como contrato por el que cada parte se obliga a transmitir a la otra la propiedad de una cosa (arts. 1538 y ss. del Código Civil), contrato consensual, bilateral, oneroso, que

produce obligaciones, en cada parte, de transmitir la propiedad de la cosa, que se produce por la tradición (Sentencia de 17 noviembre 1988).

Consecuencia jurídica: la parte permutante "Proinza, SA" tuvo el derecho a que se pusiera en vigor el contrato y, por ende, que se le transmitiera la propiedad del inmueble edificado desde el día 5 de abril de 1989; más tarde, se produce el derrumbamiento del edificio y la total demolición; posteriormente, en el contrato de permuta de 21 de noviembre de 1990 se aclara que el inmueble no es más que un solar. Por tanto, la pérdida de la edificación le alcanza jurídicamente, se ha destruido algo sobre lo que tenía un derecho subjetivo, por lo cual tiene derecho material a que se le resarza el daño y legitimación procesal para pretenderlo.»

IV. LA RESERVA DE COMPRAVENTA

1. Negocio atípico que prolifera en la práctica

a) *El contrato de reserva en la compraventa de bienes inmuebles sobre plano*

En el ámbito de las compraventas sobre plano, es habitual que el promotor y el interesado suscriban un contrato que denominan «de reserva». En virtud de este contrato el promotor (futuro vendedor) se obliga ante otro sujeto (futuro comprador) a reservarle un determinado bien inmueble que está todavía por construir, pero que se identifica claramente en un plano y a vendérselo, y la otra parte se obliga a comprarlo.

Al igual que hemos afirmado a lo largo de todas estas páginas, consideramos que si en dicho contrato ya se identifica el bien y el precio, estamos ante una compraventa perfecta, en este caso con un objeto que es una cosa futura, y que tiene carácter obligatorio. Si no se cumple lo pactado por cualquiera de las partes, ello dará lugar al incumplimiento contractual del art. 1.124 CC, pudiendo cada parte exigir el cumplimiento de lo pactado, o la resolución de la compraventa (con la especificidad del art. 1.504 CC) y una posible indemnización de daños y perjuicios³⁰.

b) *El contrato de reserva realizado por una agencia inmobiliaria con un posible comprador de un bien inmueble*

En la práctica de la compraventa de bienes inmuebles, especialmente si se realizan a través de una agencia inmobiliaria, se ha extendido la firma de un documento que se llama «de reserva». Es, un documento atípico, no regulado como tal en el ordenamiento jurídico, y habrá que estar a su contenido concreto para poder determinar la naturaleza del mismo.

30. NAVARRO DELAGE, Gabriel, en «Contrato de reserva», *Aranzadi Profesional*, nº 1, 2004, considera que este contrato de reserva es una «promesa de venta», que tiene carácter obligatorio porque se le aplica el art. 1.451 CC. Ya hemos dicho en estas págs. que en realidad la «promesa de venta» si hay acuerdo en el precio y el objeto es sencillamente una «compraventa» y tiene carácter obligatorio para las partes.

Por lo general, suele corresponder a una oferta de compra por parte del posible comprador, indicándose el bien que se desea comprar y el precio. Además deja en depósito, en la agencia inmobiliaria, un importe dinerario, que será considerado como pago a cuenta del precio si finalmente el vendedor acepta la oferta. Esta oferta suele tener un término final. A menudo el agente se obliga también en ese documento a dejar de comercializar durante un plazo de tiempo el bien reservado.

Es evidente que en este tipo de documentos que han proliferado en la práctica de la intermediación inmobiliaria, no estamos ante un contrato de compraventa, ni tampoco ante unas «arras» puesto que el vendedor, no ha hecho todavía ninguna manifestación. Sin embargo, existe mucha conflictividad en este ámbito, porque en definitiva, los actos y contratos son lo que en realidad hayan pactado las partes y se ha de analizar en cada caso concreto la auténtica naturaleza jurídica de los documentos que el posible comprador y el agente hayan podido firmar.

2. Calificación jurídica del negocio en función del contenido del documento y los actos de las partes

a) *La reserva considerada como un trato preliminar*

En algunos casos, el comprador ha entendido que con la reserva lo que había formalizado era un contrato de compraventa, o al menos un precontrato de compraventa, o una promesa de venta del art. 1.451 CC que obliga a las partes. La STS de 6 de marzo de 2008, niega ese carácter si no ha habido aceptación por parte del vendedor, por mucho que se haya entregado un dinero a cuenta:

El motivo quinto, fundado en infracción del art. 1451 CC, vuelve a hacer supuesto de la cuestión al dar por sentado que la interpretación del contrato por el tribunal de instancia es errónea, y otro tanto sucede con los motivos sexto, fundado en infracción de los arts. 1258, 1278, 1445 y 1450 en relación con el art. 1119, todos del CC, séptimo, fundado en infracción de los arts. 1258, 1278, 1445, 1450 y 1451 CC y de la jurisprudencia, y octavo, fundado en infracción del art. 1454 CC, ya que todos ellos tienen como punto de partida que hubo verdadero contrato de compraventa o, al menos, un precontrato que daría derecho a los recurrentes a exigir de la otra parte la venta, cuando en realidad se está más ante un caso similar al examinado por la STS 8-4-91, de entrega de señal para imputarla a pago del precio si la compraventa llegara a celebrarse, de suerte que si el vendedor finalmente no aceptara la consecuencia sería su devolución sin derecho a mayor resarcimiento.

La SAP Barcelona de 11 de octubre de 2005 también considera que el pago de una reserva en un proceso de negociación de compraventa no constituye ni un contrato, ni un precontrato, tan sólo un trato preliminar, que da derecho a la devolución del dinero entregado en el caso que el vendedor no acepte la oferta.

«Contrariamente a lo resuelto en la sentencia apelada, es de afirmar que del resultado del juicio y resto de prueba no puede alcanzarse la conclusión de que las partes se obligaran mediante un precontrato. Si bien es cierto que los 6.000 Euros se remitieron en concepto de reserva de zona, dicha circunstancia no permite presumir, sin más, el necesario acuerdo de voluntades. El mensaje que consta al folio 40 ha sido reconocido por ambas partes, y en

él se remite por correo electrónico a la actora el contrato de reserva de zona. De ser cierta la alegación de los aquí apelados en el sentido que dicho contrato ya les vinculaba, no se alcanza a comprender porque no se encuentra firmado por el demandado. Por otra parte en dicho contrato consta que el precio de la reserva es de 6.960 Euros IVA incluido, y los actores tan sólo pagaron 6.000 Euros. Otro elemento que refuerza la tesis del recurrente, en el sentido de que tan sólo existieron tratos preliminares, es la circunstancia de que en el contrato remitido se establece el término de un mes para la suscripción del contrato de franquicia, y la demandada dejó transcurrir tres meses hasta darlo por resuelto. Se estima en suma que, existiendo un mero pago parcial de la reserva, sin que conste la firma de ninguna de las partes en el contrato, las conversaciones y gestiones no pueden ser reputadas más que como tratos preliminares, obediendo la entrega dineraria a la intención de tener reservada una zona, pero, se repite, sin que pudiera alcanzar sus efectos dado el pago parcial efectuado.»

b) *La reserva considerada como un contrato de compraventa perfecto*

A diferencia de las sentencias analizadas en el apartado anterior, la SAP de Cádiz de 1 de junio de 2010 consideró que el documento calificado como «reserva» fue un contrato de compraventa inmobiliaria al que había que aplicar el régimen de ésta, en especial, el art. 1.504 CC que exige el requerimiento fehaciente de pago al deudor para resolver el negocio:

«El primer problema ante el que nos enfrentamos es el de **la calificación del contrato que las partes —rectius, la vendedora (art. 1288 Código Civil)— denominaron como de reserva**. Y es que de ser un verdadero contrato de compraventa, la disciplina imperativa establecida en el art. 1504 del Código Civil le vedaba la posibilidad de resolver unilateralmente la misma sin previamente haber requerido de pago a la compradora en la forma prevista en la norma indicada.

Pese a la sustantividad del precontrato en nuestro Derecho (tradicionalmente reconocido por el Tribunal Supremo entre otras en la **sentencia de 5/octubre/2005**: "Se ha considerado el precontrato como una primera fase del iter contractus: la relación jurídica obligacional nace en aquél y posteriormente, de común acuerdo o por exigencia de una de las partes, se pone en vigor el contrato que había sido preparado. Así, se distinguen dos fases: la primera, el precontrato que es distinto del contrato y no produce los efectos de éste, como pudiera ser la transmisión de la propiedad, sino sólo el que las partes pueden exigirse el paso a la fase segunda, que es la celebración del contrato preparado y es éste el que producirá los efectos que le son propios. Distinción entre el precontrato consistente en la promesa de venta y el contrato de compraventa que han seguido con clara precisión las sentencias de 11 de octubre de 2000, 20 de abril de 2001 y 31 de diciembre de 2001»), lo cierto es que en autos puede ser que estemos ante un auténtico contrato de compraventa perfecto pendiente de la fase de consumación cuando se ultimara la entrega material del inmueble o el otorgamiento de escritura pública.

Se trata, en definitiva, de saber si se trata de una mera promesa bilateral de compra y venta o de un contrato de compraventa perfecto. No parece que sea necesario abundar mucho en la conocida polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la eventual sustantividad de dicho contrato. **Bastará con mencionar que aún al día de hoy subsisten dos enfrentadas posturas: una que defiende la autonomía del contrato, cuyo objeto sería la prestación de un nuevo consentimiento y que al versar sobre un hacer infungible, la negativa de una de las partes a otorgar el contrato de compraventa**

se resolvería a través de la indemnización de daños y perjuicios tal y como previene el art. 1451 in fine del Código Civil; la segunda tesis es la de la indiferenciación a cuyo tenor, dada que es posible la formación coactiva del contrato por el Juez (hoy acentuada con lo dispuesto en el art. 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de existir acuerdo sobre los aspectos esenciales del contrato, no existiría una real diferencia entre la promesa bilateral y el propio contrato de compraventa.

En la jurisprudencia finalmente existe una línea asentada que entiende que se trata en definitiva de un problema de interpretación, esto es, se trata de indagar en la voluntad de las partes para conocer si éstas le dan a tal contrato la misma virtualidad que al propio contrato de compraventa o si, por el contrario, de alguna manera excluyen todavía sus efectos. En todo caso, alguna sustantividad tiene efectivamente la promesa, al margen del citado problema de ejecución en caso de incumplimiento, y así suele ser reconocido. En este sentido pueden citarse determinados efectos propios de la compraventa difícilmente predicables de la promesa, como lo son la adquisición de frutos, la transmisión de riesgos, la existencia de título para usucapir o la imposibilidad de aplicar las normas sobre doble venta. En tal sentido, incluso es planteable la aplicabilidad del citado art. 1504 al propio precontrato, marginando lo establecido en el inciso 2º del art. 1451 del Código Civil que llevaría a entender de preferente aplicación de lo dispuesto en el art. 1124 del mismo texto legal.

Reconozcamos que las cosas no son claras en autos. Es evidente que existe un pacto explícito y acabado sobre los elementos esenciales del contrato de compraventa a los efectos del art. 1445 del Código Civil: cosa y precio. No lo es menos que las partes a lo que se obligan es a suscribir un contrato de compraventa y que en todo momento hablan de reserva previa a la firma de aquél. Con todo, los hechos posteriores demostraron que en el iter contractual, tal contrato privado era indiferente para los fines que ambas partes perseguían y claramente innecesario. Ninguna de ellas consta que instara de la otra que aquél se llegara a redactar y firmar. Y sin embargo, la compradora siguió pagando parte del precio pactado y la vendedora lo recibió a su pena satisfacción. La impresión, por tanto, es la de encontrarnos ya ante una compraventa a la que sería de aplicación la previsión legal contenida en el art. 1504 del Código Civil, de ahí que la vendedora no pudiera resolver el contrato en la forma en que lo intentó.»

c) *La reserva considerada como un contrato de opción*

La SAP Coruña de 8 de febrero de 2002, respecto a la entrega de dinero a cuenta de un futuro contrato de franquicia, configura este tipo de actos como un «contrato de opción» que sería distinto a la figura del precontrato.

«Sin embargo, lo concertado era el otorgamiento de un futuro contrato de franquicia, detallándose meticulosamente todos los aspectos del contrato definitivo, estableciendo su redacción, pero supeditado exclusivamente a que el Sr. I. R. quisiera o no otorgar su consentimiento. De tal suerte que las 550.000 pesetas entregadas por éste a la franquiciadora, se devolverían si en el plazo pactado de siete meses no comunicase su intención de instalar un establecimiento abierto al público de esa franquicia; y, en otro caso, era a cuenta del canon total inicial. Es decir, se deja en manos del demandante, y ahora apelante, la facultad de decidir si se otorgará o no el contrato de franquicia. Es por ello más correcto calificarlo como contrato de opción. El denominado contrato de opción no

aparece regulado en el Código Civil, aunque es reconocido en su aspecto registral, pues se cita en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. **Puede ser definido como aquel convenio en virtud del cual una parte concede a la otra la facultad exclusiva de decidir sobre la celebración o no de un contrato principal, que habrá de realizarse en un plazo cierto y en unas determinadas condiciones, pudiendo ir o no acompañado del pago de una prima por el optante. Es pues un contrato consensual, generalmente personal y no real, y de carácter unilateral, pues su consumación depende exclusivamente de la decisión del optante. Será gratuito u oneroso dependiendo de la inexistencia o existencia de la prima.** Es una figura «sui generis», con sustantividad propia. Y esto es realmente lo concertado: La posibilidad de que una de las partes opte, durante un determinado período de tiempo, si decide o no concertar el contrato de franquicia en las condiciones previamente señaladas; plazo durante el cual "Mus Ver, SL" no podía otorgar esa zona o área geográfica a tercera persona».

La llamada «reserva» en la contratación inmobiliaria, también podría llegar a considerarse como un contrato de opción. El contrato podría configurarse de dos maneras, dependiendo si el derecho de optar corresponde al propietario del bien (futuro vendedor), o al posible comprador.

Una modalidad de contrato de opción sería la siguiente: las partes convienen que el propietario del bien inmueble establece un precio y unas condiciones; el interesado en la compra paga una cantidad para que el propietario deje de comercializar el bien y se establece un plazo determinado para que el interesado decida si opta o no por celebrar la compraventa en esas condiciones. Si finalmente el interesado no celebra el contrato en esas condiciones, en principio el propietario deberá devolver al interesado la cantidad entregada, salvo que hayan pactado que el propietario tiene derecho a quedarse con esa cantidad para indemnizarle por haber bloqueado la comercialización del bien. Si por el contrario, el interesado decide formalizar la compraventa, el dinero entregado se considera como parte del precio.

También puede configurarse el contrato de opción de manera inversa: el interesado ofrece un precio y en su caso unas condiciones; entrega también una cuantía al propietario del bien para que éste deje de comercializar; se establece un plazo para que el propietario decida si acepta o no las condiciones del interesado. Si finalmente las rechaza en este caso, la cantidad entregada por el interesado ha de ser íntegramente devuelta puesto que el beneficiario de la opción era el propietario del bien. Si el propietario acepta celebrar la compraventa, el importe entregado por el interesado habría de considerarse como un pago a cuenta.

En Francia regulan expresamente esta tipología contractual de contrato de opción en la compraventa y lo configuran como una opción a favor del comprador³¹. El Código francés, tras la reforma de 2016, exige muchas formalidades cuando se trata de la posible futura compraventa de un bien inmueble de manera que para que sea válido ese contrato ha de constar en escritura pública, o bien en un documento privado que tiene que

31. El nombre que le dan a esta figura contractual es la de «promesse unilatérale de vente».

inscribirse en un registro oficial³². La «indemnización por bloqueo» de la comercialización del bien que paga el interesado beneficiario de la opción es pactada libremente por las partes pero no puede superar 10% del posible precio de venta. Si el beneficiario de la opción la rechaza pierde el dinero entregado; si la acepta, lo entregado es a cuenta del precio de la compraventa.

En el fondo esta figura contractual francesa, correspondería a lo que en la práctica en España realizamos con el «contrato de compraventa privado con arras» que permite impedir la comercialización durante un tiempo prolongado, y finalmente desistir del contrato pagando una indemnización a la otra parte. La diferencia es que en Francia, con el empleo de esa figura reglada, se exige una publicidad del acto (escritura pública o inscripción en un Registro) y el poder de desistimiento lo tiene únicamente el comprador, dando por lo tanto mayor seguridad al comprador. En España, especialmente cuando hay periodos de especulación inmobiliaria, el comprador que ha firmado «arras» tiene siempre el temor de que finalmente la escritura pública no se celebre porque el vendedor ejercita su opción de desistimiento, aunque sea con la penalidad de devolver las arras dobladas, y vende a un tercero por un precio superior.

V. CRITERIOS PARA CALIFICAR LAS DISTINTAS FIGURAS Y TRIBUNAL COMPETENTE

Resulta esencial calificar jurídicamente correctamente los actos y pactos que realicen las partes que se disponen a celebrar una compraventa. Existe una gran confusión en cuanto al concepto de tratos preliminares, promesa de compraventa, precontrato o reserva. Hemos tratado de definir cada uno de ellos y podemos concluir lo siguiente:

- Trato preliminar, es todo acto previo a la perfección del contrato.
- La promesa de compraventa regulada en el artículo 1.451 CC como exige acuerdo en la cosa y el precio es sencillamente un contrato de compraventa y el artículo 1.451 CC resulta ser una tautología.
- El precontrato es un contrato atípico que obliga a las partes a celebrar un futuro contrato y cabe exigir el cumplimiento forzoso del precontrato.
- El documento de «reserva» puede ser de varias modalidades, o bien es un contrato entre cliente y agente inmobiliario para impedir que un determinado bien inmueble siga siendo ofertado por ese agente, o bien es una mera oferta de compra al vendedor en el que se identifica la cosa y el precio y en el que se deja una cantidad a cuenta del precio final si finalmente la compraventa se perfecciona.

32. Artículo 1.589-2 Code Civil francés: *Est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du code général des impôts, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date.*

En cualquier caso, los actos y los contratos no son lo que las partes califiquen sino lo que se desprenda de su contenido³³. Esa función de interpretación de los contratos corresponde, según ha reiterado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, a los tribunales de instancia. Así, la STS de 8 de febrero de 1996 indica:

«la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer a menos que fuese ilógico o carente de razonabilidad.»

Por su parte, la STS de 13 de octubre de 2005, también señala:

«En cualquier caso, como tiene reiteradamente establecido esta Sala, es al Tribunal de instancia, a quien corresponde la calificación de los contratos y negocios jurídicos celebrados por las partes y la interpretación de sus términos, quedando al margen de este recurso la revisión de sus conclusiones al respecto sin otras excepciones que las que derivan de un resultado ilógico, arbitrario, o ilegal (SSTs 24-1-00; 27-1-00; 21-11-00; 18-1-01 y 14-5-01)»

La STS de 16 de diciembre de 2008, respecto a un asunto de un posible precontrato de difusión publicitaria recopila la moderna jurisprudencia sobre calificación e interpretación de los contratos:

«Conforme a la jurisprudencia la calificación dada a los contratos litigiosos por los Tribunales de las instancias, al igual que la previa interpretación de los mismos, no es revisable en casación, salvo que resulte manifiestamente errónea —sentencias de 17 y 27 de noviembre, 11 y 14 de diciembre de 2.006, 23 de enero, 23 de marzo, 8 y 19 de febrero de 2.007—.»

VI. LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

1. Posibles consecuencias jurídicas de la falta o errónea información contractual en el Código civil

No existe en el Código civil una norma expresa que regule el deber de información precontractual, si bien, la doctrina entiende que ese deber puede ir implícito en la exigencia de la buena fe contractual (art. 7.1 y 1.258 CC), que implicaría no sólo un deber de lealtad y cooperación entre las partes en la ejecución del contrato, sino también en la fase negociadora y de información previa entre los contratantes³⁴. Aunque no exista

33. CARRASCO PERERA, Angel, «Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad in contrahendo y obligatoriedad de los tratos en la Jurisprudencia española», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 21, 2005: «La primera regla con la que hay que manejarse en el trato de la jurisprudencia española es la nula importancia de las calificaciones que las partes den al acuerdo discutido.»

34. Así lo considera GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, Ed. La Ley, 1994, págs. 131. Por su parte JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, «Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del derecho de obligaciones», *RCDI*, n.º 738, 2013, pág. 2279, indica: «Por tanto, no puede decirse que exista actualmente un derecho general a una información contractual, fuera de los casos de específica previsión legal y de los deberes impuestos por la buena fe, acudiéndose en gran medida a la casuística de las circunstancias concurrentes y al recurso a pluralidad de criterios (tipo o configuración del contrato entre las partes, condición de las partes, comportamiento de una y otra, coste de acceso a la información...), ninguno de los cuales es relevante por sí solo.»

esa norma general que imponga el deber de informar en el Código civil, lo cierto es que la omisión de información tiene consecuencias jurídicas previstas en el propio Código.

Tal y como hemos analizado en el ámbito de los tratos preliminares³⁵, omitir información o suministrarla de manera incompleta o errónea puede dar lugar a la ineficacia posterior del contrato a través de diversos mecanismos como puede ser la impugnación posterior por vicio del consentimiento (error, dolo, violencia, intimidación) o por inexistencia de objeto.

En materia específica de compraventa, existe también el régimen del saneamiento por vicios ocultos que otorga al comprador *a posteriori* diversas acciones, en el caso que descubra vicios ocultos de la cosa vendida que la hacen impropia para el uso a que se la destina, o que disminuyan de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella (art. 1.484 CC). Resulta indiferente para que el comprador ejercite estas acciones que el vendedor conociera o ignorara estos defectos (art. 1.485 CC). Las acciones que tiene el comprador son la acción redhibitoria (desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó), o la acción estimatoria (rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos). Si el vendedor conocía los defectos e incumplió su deber implícito de informar al comprador, deberá además de pagar una indemnización de daños y perjuicios (art. 1.486 CC)³⁶.

El Código civil también prevé la responsabilidad del vendedor por evicción en el caso que el comprador pierda toda o parte de la cosa por sentencia firme en virtud de un derecho anterior a la compra³⁷. Esa responsabilidad por evicción del vendedor puede considerarse también una consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información precontractual. Es cierto que esa responsabilidad puede llegar a excluirse en el contrato, pero se considerará un pacto nulo si el vendedor obró de mala fe, es decir si ya conocía ese derecho de un tercero sobre el bien, anterior a la compra.

2. Deber expreso de información contractual en la legislación de protección de los consumidores

La legislación más reciente es la que ha ido introduciendo de manera expresa el deber de informar y de reasignar el riesgo de la falta de información. En general la doctrina considera que esta previsión legal expresa del deber de información precon-

35. Véase el apartado I.2 c) relativo a la trascendencia de los tratos preliminares respecto a la ineficacia del contrato.

36. BASOZABAL ARRUE, Xabier, «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *ADC*, Tomo LXII, 2009, fasc. II, págs. 656 y ss. hace un análisis muy interesante sobre la posibilidad de aplicar o no el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa de una vivienda en la que no se informó al comprador que iba a pasar una carretera si el comprador señaló en el contrato que su interés era adquirir una vivienda «tranquila».

37. *Artículo 1475 CC. Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada.*

El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato.

Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor.

tractual en el ámbito del derecho del consumo, es una forma de proteger a la parte más débil. Sin embargo, algunos autores consideran que es también un medio para promover la eficiencia del mercado y la competencia y asegurar que la decisión de contratar sea una decisión mejor informada³⁸.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU), considera en su artículo 8 que la información precontractual es un derecho básico del consumidor.

Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios

Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

En el artículo 20 LGDCU se detalla la información que ha de suministrarse en cualquier oferta de bienes o servicios.

Artículo 20. Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios

1. Las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, deberán contener, si no se desprende ya claramente del contexto, al menos la siguiente información:

- Nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, nombre, razón social y dirección completa del empresario por cuya cuenta actúa.
- Las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado.
- El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario.

En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio. Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos adicionales y, si se conoce, su importe estimado.

- Los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional, entendiéndose por tal la definida en el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal.
- En su caso, existencia del derecho de desistimiento.

38. JIMENEZ MUÑOZ, Francisco Javier, *op. cit.*, pág. 2307: «En general, los deberes de información buscan promover la eficiencia del mercado, siendo un valor a defender la realización de una decisión mejor informada, pues el acuerdo puede no llegar a ser totalmente eficiente debido a fallos del mercado como la desigualdad de información, lo que justificaría la realización de interferencias con la libertad de mercado. Las normas de protección del consumidor, por ejemplo, no sólo serían una protección para el beneficio de las partes típicamente más débiles sino normas de beneficio general, puesto que llevan a más competencia y así a un mejor funcionamiento de los mercados.»

2. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior será considerado práctica desleal por engañosa en iguales términos a los que establece el artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Además en el art. 65 LGDCU se prevé la «integración» del contrato en el caso que se omita información precontractual relevante. La doctrina ha considerado que este artículo es una apuesta arriesgada porque otorga al Juez la función de revisar y complementar los contratos en los haya habido déficit de información³⁹.

Artículo 65. Integración del contrato

Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.

3. Deber de información precontractual en el DCFR

El *Draft Common Frame of Reference*, el texto académico de referencia que pretende armonizar el derecho contractual europeo otorga una gran importancia al deber de información precontractual. Este deber se relaciona con el principio de lealtad negocial y con la buena fe. Es un deber que no puede ser excluido ni limitado⁴⁰. El DCFR impone al empresario, antes de la celebración del contrato, el deber de suministrar la información relativa a los bienes que el contratante pueda razonablemente esperar, teniendo en consideración los estándares de calidad que serían normales⁴¹. Como se puede apreciar, se trata de una obligación en las relaciones «B to C» («Business to consumer») por lo que tampoco en este texto de propuesta de armonización europea encontramos una regla expresa que imponga el deber de información precontractual en las relaciones entre particulares en condiciones de igualdad.

39. BASOZABAL ARRUE, Xabier, *op. cit.*, pág. 711, «Se trata, sin duda, de una apuesta arriesgada, que exige una elaboración muy meditada de las sentencias en las que vaya a hacerse uso de esta potestad. La aplicación del artículo 65 TR requerirá la elaboración jurisprudencial de "tipos", en los que los tribunales deberán proponer pautas de integración contractual sacadas del mercado, pautas que, por el dinamismo de éste, deberán ser convenientemente revisadas. La facultad de revisión de los contratos con consumidores por insuficiencia informativa imputable al empresario no debería convertirse en una nueva cláusula general de nuestro ordenamiento, sino que debería entenderse como una invitación a construir una tipología de supuestos integrables, extraída de las necesidades de protección evidenciadas por la práctica.»

40. II. – 3:301: *Negotiations contrary to good faith and fair dealing*

(1) *A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.*

(2) *A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.*

41. II. – 3:101: *Duty to disclose information about goods, other assets and services*

(1) *Before the conclusion of a contract for the supply of goods, other assets or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances.*

(2) *In assessing what information the other person can reasonably expect to be disclosed, the test to be applied, if the other person is also a business, is whether the failure to provide the information would deviate from good commercial practice.*